

## 概要：公共サービスに対する EU 競争法の適用と限界——「一般的経済利益を有するサービス」と EU 機能条約 106 条 2 項を題材に

青柳 由香

自由化により市場競争にさらされることになった公共サービス事業は、経済活動を行う限りにおいて競争法の適用を受ける。古典的には事業法によって規制——とりわけ競争制限的規制——を受けてきた分野も、いまや自由化により、旧来の独占的事業者にくわえて新規参入者が事業活動を行う場となっており、そこでは競争法の適用がより重要になってきているといえよう。

しかしながら、公共サービス事業は、経済効率性をもって評価される競争的な市場において事業活動をおこないつつも、他方では市場を通じては供給されない公益をもたらすことを期待されている。そのため、公共サービス事業分野では事業法による競争制限的規制がみられ、それに従ってなされる事業者の活動も競争制限的な効果を生じうる。

そのような状況において競争法が適用される場合には、はたして市場における競争制限効果のみを評価の対象にしてよいのであろうか。この点につき、公共サービスがもたらす公益という価値を考慮する必要があるとの理解が、ほとんどの法域で妥当すると考えられる。すなわち、競争法の適用によって実現される自由競争秩序も重要であるが、自由競争によっては達成されない公益等の非経済価値も重要であるとの認識の下、場合によっては競争制限的な行為であっても、公益を理由に、正当化あるいは適用除外の形式をもって競争法からの逸脱が認められるのである。

このように、公共サービス事業に対する競争法の適用においては、競争法の適用によって実現される自由競争秩序と、自由競争によっては達成されない公益等の非経済価値という異なる通約不可能な価値の間のバランスをとる必要がある。このバランス——これは競争法の限界を定めるものでもある——はどのように決せられているのだろうか。自由化により公共サービスが市場化することが世界的な既定路線となっただけ、この疑問は重要な現代的意義を有するものといえよう。これが本稿の底流にある問題意識である。

本稿はこのような問題意識を背景に、EU における公共サービスに対する競争法の適用と 106 条 2 項(旧 86 条 2 項)に基づく競争法からの逸脱の是非が検討された判例を素材に、第 1 に、公共サービスに対する競争法の適用の限界はどのように決せられているのか、第 2 に、公益を理由とする正当化の是非の判断基準は具体的にはいかなるものであるかを明らかにすることを目的とした。

### (1) 各章における検討

本稿の各章では、以下を明らかにした。第 I 章では、域内市場における EU 競争法の意義を確認し、106 条(旧 86 条)の概観を得た。特に前者については、EU 競争法には域内市場法として、①公正競争の確保という機能に加えて、②市場統合の実現という機能をも

有することを指摘した。また、106 条 2 項（旧 86 条 2 項）には、域内市場における、EU レベルの政策と加盟国内の政策の調整機能があることを指摘した。

第Ⅱ章と第Ⅲ章では 106 条 2 項（旧 86 条 2 項）に関連する競争法の判例に対象を絞り、公共サービスに対する EU 競争法の適用の限界を明らかにすることを試みた。106 条 2 項（旧 86 条 2 項）によって競争法からの逸脱が認められるためのふたつの主要な要件である、①問題とされる活動が「一般的経済利益を有するサービス」であること（「一般的経済利益を有するサービス」該当性の要件）、②仮に問題とされる事業活動が競争法違反であるとされると、事業者に委ねられた任務の遂行が阻害されること（「任務遂行の阻害要件」）について、それぞれ、第Ⅱ章と第Ⅲ章で検討した。

まず第Ⅱ章では、「一般的経済利益を有するサービス」とは何か、そしてその範囲を決めるのは誰かというふたつの問題に取り組んだ。まず「一般的経済利益を有するサービス」とは何かという点について、抽象的な概念範囲と具体例を明らかにした。「一般的経済利益を有するサービス」の抽象的な概念範囲については、条約がその定義を明らかにしていない。また、判例もこれに関する抽象的な定義を与えていない。そのため、EU 法、政策文書、判例、学説を用いてその概念を得ることを試みたが、その外縁に肉薄することまではできなかった。

つづけて、判例を用いて「一般的経済利益を有するサービス」に該当するとされた具体例を網羅的に示した（具体例は第Ⅱ章参照）。この検討を通じて、判例もまた「一般的経済利益を有するサービス」についての一般的な定義を付与しておらず、問題とされる行為が「一般的経済利益を有するサービス」に該当するか否かは個々の事例に照らして判断されているようであることを明らかにした。殊に、類似のサービスであるとしても、常に「一般的経済利益を有するサービス」に該当するとは判断されず、個別の状況に照らして異なる判断がなされうるようであることを指摘した。

判例で示された具体例の検討の結果、「一般的経済利益を有するサービス」に該当するとされた事例の特徴として、①これまで加盟国において伝統的に公共サービスとされてきたものが中心であること、そしてその場合にはユニバーサルサービス義務が課されていることが典型的であること（だがそれは必須ではない）、そして②社会保障に関連する活動のうち市場化されたものが含まれることを明らかにした。

また、判例の検討を通じて、EU 司法裁判所は「一般的経済利益を有するサービス」該当性についての判断を回避し、加盟国の判断を尊重しようとする傾向があることを示した。この傾向は、次に取り上げたふたつ目の問題である「一般的経済利益を有するサービス」の範囲を決めるのはだれかという問題に関連する。

この問題について先行してみられる 1960 年代の学説は「加盟国アプローチ」と「共同体アプローチ」とに大別される。両者はともに加盟国の広範な裁量を認めつつも、前者は加盟国に絶対的な裁量を認め、後者は加盟国の裁量にも一定の制限が課され、最終的な判断は共同体機関に委ねられるとするものである。この点について、理論的には、「補完性の原

則」と「EU法の優越の原則」というふたつのEU法上のルールが権限配分を規律していることから「共同体アプローチ」が妥当するといえそうである。しかし、判例において「一般的経済利益を有するサービス」に該当しないとの判断が明示的になされたのは *Merci Convenzionali Port di Genova* 事件先決裁定（1991年）のみであり、その他の事例では、問題とされるサービスについて一般論として「一般的経済利益を有するサービス」該当性を否定しつつも、個別の事例についてのあてはめは国内裁判所に委ねており、明示的に「一般的経済利益を有するサービス」該当性を否定することはなされていない。このような状況では、「共同体アプローチ」が採用されていると言い切ることは疑問が残る。

そして、この疑問を出発点に、現在の判例の状況（EU司法裁判所が、「一般的経済利益を有するサービス」該当性の否定をせず、他の要件で否定するか、一般論のみ示して加盟国の国内裁判所に判断をゆだねるという状況）が生じている理由として、「補完性の原則」の下における加盟国による判断を尊重する、あるいは加盟国からの反発を招くことを回避しようというEU司法裁判所の態度を挙げることができそうであることを論じた。それゆえ、現在のEU司法裁判所の立場は、一応「共同体アプローチ」をとるものの、加盟国の判断を強く尊重するというものであるとの結論に至った。

第Ⅲ章では、「任務遂行の阻害要件」の判断基準に関する判例法の展開を検討した。本章で明らかにした事項は、以下の6点としてまとめることができる。第1に、「任務遂行の阻害要件」の充足の判断のための基準として、1970年代から1990年代初頭までは厳格なテスト（非両立性テストおよび不可欠性テスト）が用いられていたが、1993年 *Corbeau* 事件先決裁定を転換点として、より緩やかな「必要性テスト」が用いられるようになった。同事件先決裁定から *Albany International* 事件先決裁定（1999年）にかけて形成された「必要性テスト」は現在でも用いられている。

また、第2に、「必要性テスト」は比例性原則にしたがって判断されるところ、*Corbeau* 事件先決裁定以降の事例の蓄積により、①目的、②手段、③目的と手段の比例性（狭義の比例性）のそれぞれについて正当性が認められるための具体的な基準が漸次明らかにされた。特に、「一般的経済利益を有するサービス」から生ずる損失を補填するために採られる措置（内部補助）についての事例が蓄積している。そして、これらの判例から得られた具体的な判断基準は、目的を逸脱して競争秩序に悪影響を与えることが明らかな場合にのみ「任務遂行の阻害要件」の充足を否定するもので、これは非常に緩やかな判断基準であることを指摘した。

くわえて、第3に、「必要性テスト」の枠組みをとりつつも、その具体的判断においては、*Corbeau* 事件先決裁定に比べて、106条2項（旧86条2項）に基づく競争法からの逸脱をより広く認める事例（*ドイチェ・ポスト*事件先決裁定（2000年）と *Glöckner* 事件先決裁定（2002年））もみられることを指摘した。

また、第4に、初期の厳格な判断基準から、より緩やかな「任務遂行の阻害要件」へと判断基準が変化したことについて、①1960-1980年代にかけて域内市場が形成過程にあっ

た時期には、市場統合を目的とするいわゆる域内市場法のひとつである競争法の適用は厳格になされるべきとの理解、また国境が公共サービスの市場を分断しているとの理解の下、厳格な判断基準が用いられたこと、その後、②1992年に域内市場の一応の完成が予定されていたところ、欧州委員会が推進していた公共サービスの自由化の進展を背景に、EUの諸機関及び加盟国の間で、公共サービス分野について自由競争が強調されすぎており、競争では達成されない公益の保護の必要性を再検討すべきとの見解が強くみられるようになったことを背景に判断基準の緩和がなされた点を明らかにした。そして、EU司法裁判所が比較的短期間のうちにこのような事情の変化を汲み取って判例を変更した背景には、「必要性テスト」に近い判断基準を示した欧州委員会の2件の決定が存在することを指摘した。

第5に、このような判断基準の変化は、106条2項（旧86条2項）の下で考慮されるふたつの価値、すなわち競争法が迫及する競争秩序や市場的価値である効率性と、公共サービスが提供する公益との間の比重の置き方の変化が最も重要な要因となってもたらされたと考えられることを指摘した。初期のテストでは競争を通じて実現される価値が重視され、「必要性テスト」では公益がより重視されているため、106条2項（旧86条2項）に基づく競争法からの逸脱の是非の判断基準としては、前者が厳格、後者が緩やかなものとして表れる。

そして最後に、初期のテストから「必要性テスト」への判例変更は、競争法からの逸脱の可能性を拡大するものであるところ、結果として公共サービスに対する共同体法たる競争法の適用を縮減し、反射的に加盟国の国内法による規律が生き残る余地を拡大したものであること、そして、それが公共サービス事業についての実質的な規制権限を共同体から加盟国に移し、規制パラダイムを転換させるという副次的ではあるが重大な意味を有していたことを指摘した。

第IV章では、前章で明らかにした、公共サービスに見出される価値のバランスの変化によって、106条2項（旧86条2項）における「任務遂行の阻害要件」の判断基準が厳格なものから緩やかになったとの理解を背景に、1990年代半ば以降にみられる公共サービス事業に関する条約ルールと政策の変化が、「任務遂行の阻害要件」の判断基準、換言すれば競争法からの逸脱の是非の判断にどのような影響を与えるかを検討した。

アムステルダム条約による旧16条（現14条）の挿入と、EU基本権憲章の採択、および憲法条約からリスボン条約による条文改正によってもたらされた変化は、公共サービスをより重視しているように読めるものである。また、条約ルールの変化によって、「一般的経済利益を有するサービス」は経済活動の基盤（経済的価値）、一般利益（非経済的価値）、だけではなく社会的・領域的結束（非経済的価値）にも寄与することが期待されるという、より複雑な文脈におかれることになったといえる。しかし他方で、EUの社会経済政策形成において頻出する概念である「欧州社会モデル」においては、公共サービス事業がもたらす公益を尊重しつつもその自由化を推進せよとの動きがみられることを指摘した（その例としてリスボン戦略、サービス指令を取り上げた）。くわえてEUにおける社会政策につ

いての取り組みの歴史や判例の状況をあわせ読むことにより、以上の政策・ルールにみられる変化が、異なる価値の間におけるバランスを大きく動かし、1990年代にみられた判例変更のように、競争法の限界に対して影響をもたらすことが近い将来に予見されるとまでは現段階ではいえないという結論に至った。

第Ⅴ章では、「一般的経済利益を有するサービス」に関する規制権限をめぐる欧州委員会と加盟国等の政治的争いについて論じた。ここでは、2000年代に入り欧州委員会がおこなったふたつの提案、およびリスボン条約の改正による14条（旧16条）による新たな立法権限の創設について検討した。

2003年「一般的利益のサービスに関するグリーンペーパー」で示された欧州委員会によるふたつの提案は、共同体の規制権限を「一般的経済利益を有するサービス」のみではなく「一般的利益のサービス」へも拡大すること、および「一般的経済利益を有するサービス」の分野に枠組立法を導入することに関するものであった。これらに対する加盟国等からの反応は、前者の提案については反対がより強くみられ、後者については賛同もみられるというものであった。結局、欧州委員会はいずれの提案も取り下げているが、このような加盟国からの反応からは、共同体の介入により自国内の「一般的利益のサービス」についてのコントロールを失うこと——それは自らの権限の縮減をも意味する——を嫌う一方で、「一般的経済利益を有するサービス」の分野におけるEUレベルでの枠組立法をなすことについては受容する態度がみられることが明らかになった。

他方、この提案が撤回されたわずか数年後である2007年に採択されたリスボン条約では、旧16条が改正された14条において、欧州議会と理事会に新たな立法権限が付与されている。同じく「一般的経済利益を有するサービス」に関する二次立法の根拠となる106条3項（旧86条3項）や114条（旧95条）等（とりわけ後者）が域内市場における取引の障壁を撤廃するための自由化に主眼を置く一方で、14条は社会的および領域的結束という価値に重点をおく。したがってこれらの規定はいずれも「一般的経済利益を有するサービス」に関連する二次立法の根拠とはなるが、これらに基づく立法は異なる目的や性質をもつものとなることを指摘した。前述の2003年のEUレベルでの枠組立法の導入の提案に対してみられた肯定的な態度は、その枠組み立法では「一般的経済利益を有するサービス」がもたらす公益の保護を内容とするEUレベルのルールが導入されることを想定して示されたものであるとの理解は、リスボン条約によって新たな立法根拠が導入されたことと整合するように思われる。

## （２）本稿の結論

終章では、以上の各章における議論を総体として捉えることによって、本稿の課題について考察し結論を得た。第1に、EUにおける公共サービスに対する競争法の適用の限界を決する要素は何か、第2に、現時点における106条2項（旧86条2項）に基づく正当化の判断はどのように理解されるかというふたつの課題に対する結論は以下である。

## ①公共サービスに対する競争法の適用の限界を決する要素

公共サービスに対する EU 競争法の適用の限界を決する要素は以下の 3 点である。すなわち、①公共サービスがもたらす経済的価値（競争による効率性）と非経済的価値（公益）に対する認識、②共同体と加盟国の間の公共サービスについての権限関係、③EU 司法裁判所が加盟国内の公共サービスについて判断をする能力を十分にもたないことである。このような結論に至る理由を以下に述べる。

第 1 に、公共サービスがもたらす経済的価値（競争による効率性）と非経済的価値（公益）の認識の変化が、106 条 2 項（旧 86 条 2 項）の「任務遂行の阻害要件」に関する判例法に大きな影響を与えたとみられることである（第Ⅲ章で詳述。また、この要素を契機として予想される今後の展開については第Ⅳ章で論じた）。くわえて、いずれの価値を重視するのかという点についての変化は、域内市場の発展の状況に関連していることにも、EU の特徴として注意が向けられるべきであろう。

第 2 に、共同体と加盟国の間の公共サービスについての権限関係が、EU 司法裁判所に、国内公共サービスに関する加盟国の判断を尊重するという態度をとらせているという。すなわち、EU レベルでのハーモナイゼーションがなされていない場合には、「補完性の原則」の下で、二次立法がない限り規制権限を有するとされる加盟国の判断が強く尊重されているのである。特にこの点は「一般的経済利益を有するサービス」該当性に関する要件について、EU 司法裁判所はこれに該当しないという判断を回避する傾向をみせている。それゆえに、この要件は 106 条 2 項（旧 86 条 2 項）に基づく競争法からの逸脱の是非の判断において「任務遂行の阻害要件」と比べてその重要性に欠くのである。すなわち、明らかに「一般的経済利益を有するサービス」に該当しない場合にはその旨の判断がなされるが、より実質的な判断が要される場合には、加盟国の判断を尊重するという EU 司法裁判所の態度が原因となって、厳格な判断はなされないのである。

次に挙げる第 3 の要素は、第 2 の要素との関連するのであるが、EU 司法裁判所の性質に基づくものである。それは、EU 司法裁判所が加盟国内の公共サービスについて判断をする能力を十分に有さないことである。

まず、このような理解に至る契機として、判例が十分な判断基準を示していないと考えられる論点をふたつ挙げる。第 1 に、EU 司法裁判所は、「一般的経済利益を有するサービス」該当性の判断において、純粋な経済活動と「一般的経済利益を有するサービス」の違いをもたらす「一般的（経済）利益」ないし公益について、何がこれに当たるのかという判断を示していない。そして、第 2 に、「任務遂行の阻害要件」についての現在の判断基準であると考えられる「必要性テスト」の下における目的と手段の比例性（狭義の比例性）に関する具体的な判断基準が、明らかに競争に対する影響がある場合にのみ、競争法違反に対する正当化を認めないとしていることである。これは、公共性ないし公益性という目的と実現手段に緩やかな比例性が充足される限りにおいて、競争的価値は 106 条 2 項（旧

86 条 2 項)の下ではほとんど考慮されず、競争と公益との微妙なバランスに基づく判断は行われていないと解される。

EU 司法裁判所が以上のような判断をとる理由については、次の 2 点が考えられる。まず、①能力の問題である。本稿において繰り返し述べたとおり、公共サービスは各国の社会・経済・文化的背景を含む様々な事情を考慮した上で、その内容、提供方法等が決められるものであると考えられる。他方で、EU 司法裁判所で判断を下す裁判官は当該加盟国の事情に通じているとは限らず、また国内裁判所等から提供される判断のための資料は限られたものであることから、EU 司法裁判所は各加盟国における「公益」がいかなるものであるか(あるいは、どうあるべきか)、という判断をするための十分な能力(capability)がないと考えられる。それゆえ、微妙なバランスを示すことは EU 司法裁判所にはできないのであると考えられよう。

そして、もう 1 点としては②EU 司法裁判所は加盟国内の公共サービスに見出される公益について、その妥当性を自らが判断することは適切ではないと考えたのではないだろうかということが指摘されよう。上述のように公共サービスは加盟国内の事情に応じて決定されるものである。そして、それは政治的になされる決定である。さらにいえば、それは国の在り方に関するきわめて重要な政治的決定であり、これは加盟国における民主主義の正当性に依拠してなされるものである。EU 司法裁判所は、このように多様な意義を有する公共サービスに関してなされた加盟国の判断について、その妥当性を判断することは適切ではないと考えているのではないだろうか。実際にこのような思考がなされたかどうかは公式文書によって明らかにされるところではなく、判例・政策文書・先行研究をさらった上での筆者の推論である。かような推論の是非はともかくとしても、EU の「民主主義の赤字」が指摘されて久しい状況に鑑みるに、EU 司法裁判所による法実務は、民主的正当性をもつ加盟国の判断が尊重されるという、一定の妥当性をもつ帰結をもたらしたとはいえよう。EU は連邦国家ではなく主権を一部委譲してもなお主権国家たる加盟国から構成される超国家的組織であるので、(結果としてではあっても)加盟国の民主的判断が尊重される形であれば、一般に、EU 司法裁判所による法的判断がよりよく受容されよう。

以上に述べた 3 つの要素が、各時点における EU の状況に照らして相互に作用し、公共サービスに対する競争法の限界を決めるのではないかとするのが第 1 の課題に対する本稿の結論である。3 つの要素は、いずれも EU に特有の要素を内在する点に注意を要する。

## ②現時点における正当化の判断基準

106 条 2 項(旧 86 条 2 項)による競争法からの逸脱の是非の判断において、「一般的経済利益を有するサービス」該当性と「任務遂行の阻害要件」とが主要な要件となっている。

「一般的経済利益を有するサービス」該当性について、第Ⅱ章での検討の結果、EU 法や政策文書等からその概念の外縁をある程度までは得ることはできるが、その該当性の判断

のために裁判において用いられるような一般的な判断基準が存在しないことが明らかになった。

他方で、判例にみられる具体例の検討の結果、「一般的経済利益を有するサービス」に該当するとされた事例の特徴として、①これまで加盟国において伝統的に公共サービスとされてきたものが中心であること、そしてその場合にはユニバーサルサービス義務が課されていることが典型的であること（だが必須ではない）、そして②社会保障に関連する活動のうち市場化されたものが含まれることを明らかにした。判例からは、前者①のカテゴリーについては、純粋な経済活動と「一般的経済利益を有するサービス」との区別のための具体的な判断基準は明らかではなく、加盟国が公共サービス性を認めればおよそ「一般的経済利益を有するサービス」として認められているといえそうである。また、後者②のカテゴリーは伝統的にはかならずしも経済活動ないし競争法の適用対象として考えられてきたものではないが、市場化されたことにより、経済活動の有無のみで適用の是非を判断するという機能的アプローチをとる競争法の適用を受けることになったものであると考えられる。

判例を検討した結果、問題とされる事業活動が以上の①と②のカテゴリーに入る限り、「一般的経済利益を有するサービス」の該当性の判断において、EU 司法裁判所は、問題とされる事業を公共サービスとした加盟国の判断を受け入れるか、あるいは一般論のみを示し具体的な判断は国内裁判所に委ねるという態度をとっていることが明らかになった。これは、補完性原則に基づき共同体の二次立法がない限り「一般的経済利益を有するサービス」に関する権限を加盟国が有していることから、EU 司法裁判所がこの点についての判断を回避し、仮に競争法からの逸脱を認めないという判断を示すべきだと考えられる場合には、他の要件をもってその可能性を否定することが多いためであると推測される。

以上のように、EU 司法裁判所は「一般的経済利益を有するサービス」該当性についての判断を回避する態度をとったため、実質的には「任務遂行の阻害要件」が、106 条 2 項（旧 86 条 2 項）からの逸脱の是非を決するポイントとなっているといえる。

ところで、「任務遂行の阻害要件」についての判例法は、経済的価値をより重視する初期の厳格な判断基準から、Corbeau 事件先決裁定（1993 年）を契機に、公益を重視し競争法からの逸脱をより緩やかな基準（「必要性テスト」）をもって判断するものへと変化している。

この点を、前述した EU 司法裁判所が「一般的経済利益を有するサービス」該当性について実質的な判断を行っていないことをあわせて考えるに、現在ではこの「必要性テスト」こそが、本稿の課題である 106 条 2 項（旧 86 条 2 項）が検討された判例における公共サービスに対する競争法の適用の限界を決するものであると考えられる。「必要性テスト」に合致する範囲であれば、加盟国の措置や当該事業者の行為は競争法からの逸脱を認められる、換言すれば「必要性テスト」はその範囲内において競争制限的な措置や行為をとることができるという加盟国の裁量の外縁だともいえる。



そして、「必要性テスト」の具体的な判断基準は、競争秩序に悪影響を与えることが比較的明らかな場合にのみ「任務遂行の阻害要件」の充足を否定している（「必要性テスト」の詳細は第Ⅲ章）。これは非常に緩やかな判断基準であり、結果として、加盟国が公共サービス事業に関して有する政策判断の余地は広いものとなっているといえる。

以上